

***FUNDAÇÃO DE DIREITO PRIVADO NÃO
INSTITUÍDA POR LEI E QUE NÃO RECEBE
RECURSOS PÚBLICOS DA ENTIDADE QUE A
INSTITUIU - DESNECESSIDADE DE
CONCURSO PÚBLICO PARA
PREENCHIMENTO DE CARGOS - PARECER***

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

*Professor Emérito da Universidade Mackenzie,
em cuja Faculdade de Direito foi Titular de Direito Econômico
e de Direito Constitucional*

CONSULTA

Formula-me *Fundação*, por intermédio de seu eminente Consultor Jurídico, Dr. Francisco de Assis Alves, a consulta seguinte:

"A Fundação, figura no pólo passivo, juntamente com seus Diretores, ex-Diretores e Membros do Conselho Diretor, de uma Ação Civil Pública, proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, perante Vara da Fazenda Pública, processo nº

Através da referida ação, o MP visa à anulação de contratações de pessoal sem prévio concurso ou processo seletivo público, promovidas pela Fundação a partir de 5/10/88, até 04/08/93, com determinação de observância de procedimento prévio, de concurso ou processo seletivo público em futuras contratações, bem como a obrigação de ressarcimento de dano ao patrimônio público.

Informa, ainda, a Consulente que a sentença de 1º grau houve por bem indeferir liminarmente a petição inicial, por considerar a Ação Civil Pública veículo inadequado para a pretensão, quando sabe eventual ação popular, (eis que, defendendo patrimônio alheio, não se podia cogitar de interesses difusos) sob os argumentos de inépcia da inicial, falta de interesse de agir e de incompatibilidade de objetos entre a ação de responsabilidade civil por improbidade administrativa e a ação civil pública, razão pela qual foi julgado extinto o processo, sem exame do mérito, nos termos dos arts. 267 inc. I e 295 incs. I e III do CPC. Dessa decisão o MP interpôs Recursos de Apelação, que foi acolhido por Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por decisão unânime, para que afastada a extinção do processo, prossiga o feito como de direito (Apelação Civil nº ...)."

Assim sendo e visando à defesa dos direitos da Fundação, propõe a Consulente os seguintes Quesitos:

"1. A Fundação, embora instituída pela Universidade Estadual, autarquia estadual de regime especial, não é sustentada com recursos orçamentários dessa Universidade. Por isso, fez constar de seu Estatuto, ou seja de seu ato constitutivo, ser uma Fundação de direito privado. Em razão dessa sua característica institucional, seria esta Fundação parte legítima para estar no pólo passivo da Ação Civil Pública proposta pelo representante do Ministério Público nos termos da inicial em anexo - Proc. Nº ..., em curso pela Vara da Fazenda Pública?

2 - O MM. Juiz da Vara da Fazenda Pública, em análise preliminar da mencionada Ação Civil Pública, ao teor da sentença, por cópia, em anexo, houve por bem decidir o seguinte:

- a) "No caso dos autos, em face de todos os fatos informados, especialmente as irregularidades que teriam os co-réus cometido, não se vislumbra interesse difuso e nem interesse coletivo, própria e juridicamente ditos, a ser defendido pelo Ministério Público, mediante ação civil pública. Daí a carência de interesse processual do Ministério Público para propor essa ação, o que implica no indeferimento da inicial, com fundamento no art. 295, inc. III, do Código de Processo Civil.
- b) E, ainda que assim não fosse, o atrelamento da ação de responsabilidade civil por improbidade administrativa da Lei nº 8.429/92, para a qual o Ministério Público também tem legitimidade ativa, com a ação civil pública da Lei nº 7.347/85, como pretendido na petição inicial, em face da incompatibilidade das duas ações, é impossível de se acolher. Não se tem como conciliar o ressarcimento dos prejuízos mediante restituição aos cofres da empresa pública, bem como a responsabilização política ou administrativa por ato de improbidade, com o disposto no art. 13 da Lei nº 7.347/85, que prevê a condenação em dinheiro em favor de um fundo (o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos criado pela Lei nº 9.008, de 21/03/95), fato que também implica na extinção da ação nos termos do disposto no art. 295, § único, inc. II, do Código de Processo Civil, pois, que, repita-se, a ação de que trata a Lei nº 8.429/92, responsabilidade civil administrativa e política por atos de improbidade, não se confunde com a ação civil pública, que se presta a defesa dos interesses estritamente difusos ou coletivos, até

porque diversas as regras de processo e de procedimento na previsão legal das respectivas ações. Não se está negando ao Ministério Público a pertinência subjetiva da ação civil pública e da ação por ato de improbidade. Parte legítima para a propositura de ambas as ações, ocorre que a primeira tem objeto (a proteção de interesses difusos ou coletivos) distinto do objeto da Segunda (a proteção do padrão jurídico-constitucional da probidade administrativa, violado em circunstâncias bem definidas e localizadas, com perfeita identificação e particularização dos interesses lesados) e, por isso, não podem ser confundidos como têm sido.

Pelo exposto Indefiro a petição inicial e JULGO EXTINTO o processo com fundamento no art. 295, I e III, e seu parágrafo único, inc. II, ambos do Código de processo Civil.

O autor da ação interpôs recurso de apelação. O MM. Juiz manteve sua decisão. Os autos subiram ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, formando a Apelação Cível nº Por votação unânime, foi dado provimento ao recurso para que, afastada a extinção do processo, seja prosseguido o feito.

Em razão do que consta das peças acima referidas, todas juntadas, por cópia, à presente consulta, seguem mais os seguintes quesitos:

3 - Mesmo após a decisão do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, subsistem fundamentos para que a FUNDAÇÃO possa sustentar a ilegitimidade processual do Ministério Público para estar no pólo ativo da presente ação civil pública?

4 - Além da ilegitimidade processual ativa, quais outros motivos poderão ser alegados, pela Fundação, visando obter o indeferimento da inicial?

5 - Considerando-se que o acórdão em referência foi publicado no Diário Oficial do Estado do dia 07/10/98, e que

nem a Fundação e nenhum dos co-réus da referida ação foram citados ainda, é cabível recurso contra o v. acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, objetivando-se obter nova decisão pela extinção do processo?

6 - Em sendo positiva a resposta ao quesito anterior, qual seria esse recurso, qual o prazo para a sua interposição, a quem seria o mesmo dirigido e quais as razões de fato e de direito que a Fundação teria para sustentá-lo?

7 - Em caso de prosseguimento da ação em pauta, qual deverá ser a linha de defesa da Fundação e quais os seus fundamentos para o enfrentamento das razões de mérito alegadas pelo autor dessa ação?

8 - É possível admitir-se alguma procedência quanto aos argumentos alegados pelo autor da ação na sua inicial e nas suas razões de apelação?

9 - Por uma análise geral da petição inicial e das demais peças já produzidas na presente ação, de um modo geral, quais seriam os argumentos apropriados para a Fundação preparar sua defesa, depois de citada?

10 - Analisados do ponto de vista da natureza da ação proposta, e das supostas irregularidades apontadas na inicial, os diferentes pedidos de condenação postulados pelo autor da ação para a Fundação e para os co-réus, poderão ser considerados cabíveis?

RESPOSTA

A ação civil iniciada pelo Ministério Público é manifestamente inepta, não tendo o Tribunal de Justiça, ao considerá-la veículo processual apto, conhecimento de que a consulente é fundação de direito privado - não público -, que não foi criada por lei e não recebe recursos públicos da entidade que a criou, para sua manutenção, o que vale dizer, não preenche os requisitos a que faz

menção a Constituição Federal no art. 71, inc. II, para submetê-la ao controle do Tribunal de Contas do Estado e às regras concursais da Administração direta e indireta impostas pela lei maior, à época, em seus arts. 37, inc. I e II da lei suprema.¹

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, alicerçado exclusivamente na petição e no recurso do *parquet*, - já que a consulente até agora não foi sequer citada no processo extinto em 1º grau e restabelecido pela Corte Superior - recebeu a informação de que a Fundação era sustentada pelos recursos da entidade que a criara - repito, não foi criada por lei - estes de natureza pública, informação absolutamente incorreta, contrária à verdade e não provada, com o que houve por bem concordar com a continuação da ação.²

Se tivesse o referido Tribunal conhecimento dos fatos mencionados, parece-me que dificilmente deixaria de acatar a decisão monocrática, embora à luz de outros fundamentos, ou seja, por não ser mantida por recursos públicos, sobre não Ter sido criada por lei, tratando-se, portanto, de fundação de direito privado, sujeita a prestar contas exclusivamente ao Ministério Público, nos termos da legislação civil (Código Civil, art. 26).³

¹ Estão os três dispositivos assim redigidos: "Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: ... II. julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades *instituídas e mantidas* pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

"Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei;

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração".

² Às páginas 12 da inicial do Ministério Público encontra-se a seguinte afirmação: iO que se tem claro é que além de um dever constitucional de contratar através de concurso público, há o aspecto moral das contratações sempre pontificando o fato que o dinheiro para o pagamento dos funcionários vem dos cofres públicos (grifos meus).

³ O art. 26 do Código Civil está assim redigido: *Valerá pelas fundações o Ministério Público do Estado, onde situadas.*

É interessante notar que o art. 71, inc. I, da Constituição Federal, claramente impõe o controle pelo Tribunal de Contas às fundações *criadas por lei e mantidas pelo Poder Público*, com o que a dupla condição (autorização legislativa e manutenção pelo Poder Público) é necessária para submissão ao Tribunal de Contas.⁴

A expressão *ser mantida pelo Poder Público* é consideravelmente mais forte do que apenas *receber recursos eventuais* - que sequer a consulente recebe de sua instituidora - pois pressupõe sua insuficiência orçamentária, devendo, pois, sobreviver graças aos recursos da instituição que a criou ou, se criada diretamente pelo Poder Público, através de sua administração direta, do próprio Poder.⁵

Ora, nem a Constituição Estadual, nem leis federais ou estaduais, nem mesmo as restrições regulatórias ou a lei de Ministério Público - que em alguns pontos merece revisão pretoriana, por ser de duvidosa constitucionalidade - poderiam alterar princípio constitucional, de obrigatória obediência pelos demais 5.500 poderes constituintes brasileiros (os que geraram as

⁴ Escrevi: *Tendo em vista que há fundações que não mantidas pelo Poder Público, mas que são por ele auxiliadas, pergunta-se: no caso de fundações privadas, suas contas estariam também incluídas? E aquelas que se beneficiam de imunidades constitucionais, não estariam entre as beneficiadas pelo Poder Público? Suas contas estariam também sujeitas ao exame pelo Tribunal?*

Pelo discurso constitucional, não. Apenas aquelas instituídas pelo Poder Público diretamente por lei ou mediante autorização legislativa estariam sujeitas, à luz do art. 71 inc. II"(Comentários a Constituição do Brasil, 4º v. Tomo II, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 26).

⁵ Adilson Abreu Dallari salienta que: *Existem, entretanto, duas formas consagradas no direito brasileiro para a instituição, pelo Poder Público, de fundações: diretamente por lei; ou, mediante autorização legislativa, na forma prescrita pelo Código Civil. Quando a lei cria diretamente uma fundação tem-se uma fundação pública, dotada de personalidade jurídica de direito público, até porque a lei pode criar pessoa privada. Quando, por outro lado, a lei apenas autoriza a instituição, pelo Poder Público, de uma fundação, na forma prescrita pelo Código Civil, tem-se uma fundação privada, instituída pelo Poder Público, integrante da administração indireta, mas com personalidade jurídica de direito privado, até porque o Registro Civil de Pessoas Jurídicas não tem o condão de criar pessoas públicas.*

Ocorre que denominada fundação pública outra coisa não é senão uma autarquia, pois, conforme ensina Celso Antonio Bandeira de Mello, as autarquias é que podem ser fundacionais ou corporativas. Fundação pública e autarquia, no Brasil, são a mesma coisa, correspondem à mesma realidade jurídica, dado que possuem o mesmo regime jurídico. (Regime constitucional dos servidores públicos, 2ª ed., 1990, Revista dos Tribunais, p. 44).

Constituições Estaduais e as leis orgânicas do Distrito Federal e dos Municípios).

Reza o *caput* do art. 25 que:

Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição (grifos meus),

impondo a submissão das normas constitucionais estaduais à lei suprema, tendo eu assim comentado o dispositivo:

"De rigor, poder-se-ia ter a impressão de que a subordinação dos Estados, em sua competência legislativa superior e ordinária, não estaria sujeita à competência da União, visto que a Constituição Federal não é uma Constituição da União, mas da Nação, de tal forma que a subordinação à Constituição não representaria uma subordinação à União. Por esta razão, fala-se em esferas autônomas do poder e não em níveis de poder, posto que cada unidade federativa é absoluta em sua área de atuação, nos limites impostos pela lei maior.

O argumento, se impressiona do ponto de vista formal, não corresponde à realidade. Há níveis federativos e a Federação brasileira alberga o princípio do direito alemão de que o direito federal afasta o direito regional. Os municípios não têm assento no Congresso, como os têm os Estados no Senado, e a competência privativa da União em legislar determina os parâmetros legislativos dos Estados e dos Municípios.

A própria competência concorrente da União não se restringe às normas gerais, nada obstante o disposto no § 1º do art. 24, até porque, se assim fosse, não poderia a União cuidar de normas específicas nesta matéria e não é o que ocorre.

O certo é que, ao determinar o constituinte que as leis ordinárias e a Constituição Estadual subordinam-se aos princípios da Constituição Federal, declara-os subordinados a

todos os princípios, inclusive àqueles em que a União interfere na ação dos Estados, por determinação da Lei Maior.

E o princípio de que a norma federal sobre a mesma matéria prevalece sobre a estadual, à evidência, cria de fato níveis de importância, que formalmente inexistiriam, se a teoria das esferas autônomas e não interpenetradas prevalecesse.

*Têm, pois, os Estados e o Distrito Federal, uma autonomia legislativa relativa que não pode alterar os princípios constitucionais ou a lei complementar explicitadora, subordinando-se a seus ditames.*⁶

Ora, a inovação introduzida pelo referido dispositivo (art. 71 inc. II) quando da votação no segundo turno dos trabalhos constituintes foi suficientemente clara, ao substituir a expressão:

"fundações ou sociedades instituídas ou mantidas pelo Poder Público Federal"

do direito anterior por

"fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público",

não oferecendo dúvidas de que apenas em face da conjunção das duas condições tornaria a fundação submetida ao controle do Tribunal de Contas da União.⁷

⁶ Comentários à Constituição do Brasil, 3º v., tomo II, São Paulo: Saraiva, 1993, p. 85/86.

⁷ Miguel Reale Júnior, em seu parecer para a Constituinte de 1989, realça o aspecto ao dizer: *Assinala-se que, durante o processo constituinte, o projeto da constituição até o segundo turno estabelecia: fundações e sociedades instituídas ou mantidas pelo Poder Público.*

A redação para o segundo turno trouxe a correção da aditiva: *instituídas e mantida pelo Poder Público*".

A Constituição do Estado de São Paulo reproduz com erro a norma da Constituição Federal, pois estabelece a alternativa: *instituída ou mantida*.

É flagrante neste caso a afronta à disposição contida no art. 75 da Constituição Federal, que impõe às Constituições estaduais, no que tange à *fiscalização*, a reprodução do contido na norma constitucional federal.

Como assinala Raul Machado Horta: *As normas de reprodução decorrem do caráter compulsório da norma constitucional superior.* (Poder constitucional do estado membro, in Rev. Direito Público nº 88, 1988, p. 10).

Pode-se dizer que a *lei é mais inteligente que o legislador*, pois o texto de lei não deve ser examinado à luz do que deseja aquele que a elabora, mas do sistema constitucional vigente. Já a *Constituição não é mais inteligente que o constituinte*, pois o constituinte é o único antecedente ao texto supremo. A lei tem como antecedente, a Constituição. A Constituição tem como antecedente o constituinte. Por esta razão, a vontade do constituinte deve ser levada em consideração. E ao substituir a conjunção alternativa *ou* por uma aditiva *e*, à evidência, impôs dupla condição para que uma fundação de direito privado se sujeite ao controle do Tribunal de Contas e às regras próprias da Administração Pública.⁸

Ora, se o art. 25 não permite que a Constituição Estadual altere critérios próprios da Constituição Estadual, à evidência, um requisito essencial para que a consulente estivesse subordinada ao Tribunal de Contas do Estado e às regras rígidas da Administração Pública não existe, ou seja, a *manutenção* pelo Poder Público,

Com efeito o art. 75 da Constituição Federal estabelece que as normas estabelecidas nesta seção aplicam-se no que couber: *à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados...*”.

A reprodução é compulsória e importa em reconhecer que a exigência de ambas as condições prevista na norma constitucional federal deve prevalecer, cabendo a fiscalização do Tribunal de Contas apenas com relação às fundações *instituídas e mantidas pelo Poder Público* (p. 7 do parecer).

⁸ Escrevi: *O direito positivo, em seus aspectos formais, tem servido para exaustiva meditação universitária e jurisprudencial, visto que a influência do pensamento positivista e neopositivista na Ciência Jurídica - no Brasil hoje mais do que na Europa atual - faz-se sentir de forma acentuada, ganhando o estudante em profundidade da lógica discursiva o que perde na percepção universal da experiência humana em sociedade.*

A *preocupação de descontaminação do direito, enquanto interligado a outras ciências sociais - de relevância para que sua pureza seja exaltada - provoca, por outro lado, intenso aprofundamento do estudo da norma constitucional desvinculada dos denominados elementos pré e meta jurídicos, preocupação que termina por reduzir a própria relevância das interpretações teleológicas, substituídas pela importância da fria interpretação lógico-sistemática, rica na exteriorização formal e miserável na percepção do conteúdo fático, que a embasa.*

À *evidência, a conformação do conhecimento de cada vez mais, cada vez menos, com redução sensível do campo de pesquisa científica e valorização da metodologia aplicável à área previamente delimitada, não poucas vezes dificulta a compreensão da inteira fenomenologia constitucional, etapa derradeira de um processo convicencial do ser humano, repleto de sensíveis interpenetrações de fatores internos e externos, os quais dão o perfil controverso - ainda inexplorado suficientemente - e admirável do homem, em sua experiência de vida sobre a terra* (Comentários a Constituição do Brasil, 1º v. Saraiva, 1988, p. 4).

através de sua Universidade, isto é, através da Administração Indireta.

A meu ver, inclusive, a *instituição* a que faz menção o constituinte é a autorização legislativa, com o que, em uma interpretação mais ampla, poder-se-ia, inclusive, entender que inexistiriam as duas condições, embora haja opinião em contrário.⁹

É de se compreender, portanto, que elemento fundamental para justificar a extinção do processo, foi levado ao Tribunal de Justiça *de forma deturpada*, alegando o Ministério Público que a entidade era mantida por recursos públicos, quando nem é sustentada pelo Poder Público, nem recebe recursos da entidade que a criou, para sua manutenção, ou seja, da Universidade Estadual Paulista Júlio Mesquita Filho. Ora, tal elemento apresentado ao Tribunal de Justiça sem contestação, pois a consulente ainda não fora citada para ser parte na ação, trouxe como consequência uma decisão à luz de pressupostos falsos, gerando decisão descompatível com a realidade jurídica da consulente.

Não tecerei comentários sobre a natureza das fundações, sua doutrina e jurisprudência existente, à luz da pretérita e da atual Constituições, pois me parecem despiciendas tais considerações, diante dos dois brilhantes pareceres que me foram entregues (Professores Miguel Reale Jr. E Waldemar Mariz de Oliveira), que tratam adequadamente da matéria e que certamente serão utilizados pela consulente no seu ingresso na ação.¹⁰

⁹ Lúcia do Valle Figueiredo ensina: *As empresas públicas e sociedades de economia mista constituem-se e extinguem-se por lei. Um dos traços característicos é que devem, necessariamente, perseguir o próprio escopo: isto é, criadas pelo Estado para um determinado fim, encontram-se cortadas pela finalidade definida pela lei criadora. O fenômeno é explicável. O Estado, por meio de seus entes políticos, pode criar ou autorizar a criação de sociedades de economia mista, empresas públicas, autarquias ou fundações, enfim de qualquer outro ente, apenas para a consecução de escopos com características públicas.* (Empresas públicas e sociedades de economia mista, Revista dos Tribunais, 1978, p. 40).

¹⁰ O parecer do Prof. Waldemar Mariz de Oliveira Júnior é para fundação semelhante à Fundação Consulente, isto é, para a Fuvest, em que declara: *Daí o motivo pelo qual a Fuvest não teve a criá-la nenhuma lei estadual, sendo o fruto de uma decisão do Conselho Universitário da USP, que se consubstanciou na escritura de 14 de maio de 1976, mais atrás aludida, e que foi devidamente registrada no Cartório competente.*

Faço de suas considerações, minhas também.

Um segundo ponto merece reflexão, antes de passar a responder, de forma mais sintética, ao longo questionário da consulente.

A ação civil pública e a ação popular apenas se justificam nos limites que lhes são impostos pela Constituição.

O Ministério Público e qualquer entidade civil legitimada (art. 129 inc. III e § 1º) podem ingressar com ação civil pública para proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos, sendo a dicção do art. 129 inc. III diferente daquela do art. 5º inc. LXXIII, que cuida da ação popular, veiculados nos seguintes termos, todos os três dispositivos:

"Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

...

III. promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

...

§ 1º A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, sendo o disposto nesta Constituição e na lei";

"Art. 5º - inc. LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular o ato lesivo ao

Por outro lado, de conformidade com o que revela o art. 6º, do Estatuto da Fuvest, acima já apontado, o Estado de São Paulo não participa de seus recursos, sendo certo que a própria USP só forneceu a dotação inicial de Cr\$ 300.000,00 nada mais lhe destinando subsequentemente, como foi demonstrado.

Atrevo-me a asseverar que a Fuvest é, indubitavelmente, uma fundação de direito privado, mas revestida de características e condições peculiares, especialmente porque não criada por lei e porque instituída por um ente autárquico especial, circunstâncias essas que a diferenciam, também, da fundação oficial de direito privado.

patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência"(grifos meus).

Ora, não agiu incorretamente o MM. Juiz *a quo* ao distinguir o campo maior da ação popular, do campo menor da ação civil pública, pois o constituinte houve por bem eleger um elenco maior de legitimados para a primeira, aberta a qualquer eleitor, do que para a Segunda, permitida exclusivamente a entidades jurídicas (parquet e sociedades civis sem fins lucrativos). O Douto magistrado não vislumbrou, na proposição do Ministério Público, que a moralidade administrativa - objeto da primeira e não da Segunda - estivesse em jogo na ação proposta.¹¹

Com efeito, a consulente sempre agiu no pressuposto de que era uma entidade privada. Sempre contratou, portanto, seus servidores - que cumpriram corretamente suas funções - pelo regime da CLT. Nas questões trabalhistas de que participou, sempre reconheceu, o

¹¹ Celso Ribeiro Bastos esclarece o âmbito maior da ação popular ao dizer: *A novidade consiste na referência à moralidade administrativa como um dos valores a serem protegidos pela ação popular. É a defesa do comportamento eticamente desejável dentro de uma Administração submetida ao direito e dirigida ao bem comum.*

Significa um avanço na marcha, no sentido de uma maior proteção da legalidade administrativa. As hipóteses anteriores sempre implicavam uma lesividade a algum valor não necessariamente de caráter pecuniário, mas que não se confundia com a pura e simples defesa dos valores da ordem jurídica.

Sob o manto da moralidade administrativa, tornam-se agora impugnáveis aqueles atos que não consubstanciam necessariamente um esvaziamento patrimonial mas que equivalem a uma utilização da ordem jurídica e dos instrumentos postos ao alcance do administrador para o atingimento de fins não albergáveis pelas normas que lhe conferiram competência.

É imoral, administrativamente, aquele ato que, sem encerrar uma violação frontal a um preceito, termina, no entanto, por constituir uma violência aos fins com que deve ser levada a efeito a atividade administrativa. Não basta, entretanto, para que um ato possa ser considerado administrativamente imoral, que ele não corresponda as prioridades políticas daquele que emite o juízo.

Ao Poder Executivo é conferida uma margem de decisão autônoma dentro da qual ele atua livremente. O construir ou deixar de fazer uma obra pública, existindo as devidas previsões orçamentárias, é uma questão de exclusiva alçada do Poder Executivo. Por mais que a escolha possa desagradar uns e outros, esta insurgência não pode consubstanciar uma imoralidade. Trata-se de um ato político que terá de ser politicamente apreciado, através de formas aceitas pela Constituição de exercício da soberania pelo povo. Não é matéria passível de jurisdicionalização (Comentários à Constituição do Brasil, 2º v., Saraiva, 1989, p. 371).

Poder Judiciário, a natureza contratual do direito privado das relações laborais, ora condenando, ora absolvendo a consulente, entendendo que tais relações de trabalho não estavam jungidas ao regime único - felizmente derrubado com a E. C. n° 19/98 - do servidor público, mas às relações normais de trabalho, que a grande maioria das pessoas, que não participam dos privilégios do Poder, mantêm, ou seja, da CLT.¹²

A esmagadora maioria das decisões do Poder Judiciário (Justiça do Trabalho) são na linha de reconhecer ser a consulente fundação de direito privado e de aplicar-lhe as absolvições ou condenações próprias da legislação trabalhista que lhe previne, ou seja, da CLT.

Mais do que isto, a consulente sempre informou ao Ministério Público, como é de praxe e por imposição do Código Civil, sua atuação e resultados, sem ter tido conhecimento da nova interpretação do *parquet*, senão ao tomar conhecimento da decisão do Tribunal de Justiça. Por outro lado, apesar de o Tribunal de Contas do Estado, de forma incorreta, ter entendido que a entidade deveria, há algum tempo atrás, embora posteriormente ao período objeto desta consulta, proceder à contratação de serviços por concurso público, a consulente não discutiu em juízo a

¹² Gilmar Mendes e eu escrevemos: *A Emenda Constitucional n° 19, de 4 de junho de 1997, introduziu profundas alterações no regime constitucional da Administração Pública.*

Dentre essas mudanças, destaca-se a eliminação do dispositivo constante do art. 39, caput, da versão original, que prescrevia a instituição, no âmbito da União, dos Estados e dos Municípios, de regime jurídico único para os servidores da Administração Pública direta, das autarquias e das fundações públicas. O legislador constituinte suprimiu, igualmente, a referência expressa ao regime único contida no art. 206, V, da Constituição, concernente às carreiras de magistério público vinculadas às instituições de ensino mantidas pela União.

Em diversas disposições da Emenda, cuidou o legislador constituinte de explicitar que determinados princípios aplicam-se a cargos e empregos públicos.

...
Se corretas essas assertivas, poderá o legislador ordinário adotar o modelo celetista para a grande maioria dos empregos efetivos no serviço público.

Adotada essa orientação, o núcleo essencial do serviço público, relacionado com as atribuições exclusivas de Estado, subsistirá sob a regência do sistema estatário. O regime comum passará a ser, todavia, o da legislação trabalhista.

Acreditamos seja este o melhor caminho para permitir - na expressão de um dos autores deste trabalho - que a Federação volte a caber dentro do PIB, sem necessidade de todo o esforço tributário nacional ser destinado praticamente a sustentar, em regime único, servidores ativos e inativos, que recebem consideravelmente mais que os trabalhadores do segmento privado (A admissão de servidor público pela CLT, Folha de São Paulo, 28-10-98, p. 1-3).

determinação - e poderia fazê-lo em face de sempre ter procurado prestar serviços públicos de qualidade e não questionar, mesmo consciente de ser seu direito, entendimentos diversos, desde que não acarretasse prejuízo à instituição acatar tal interpretação.¹³

Ora, se sempre agiu, a consulente, como deveria, e se antes e depois da decisão do Tribunal de Contas do Estado contra o determinado na Constituição Federal, sempre cumpriu adequadamente suas atividades institucionais, como entender que teria violentado a moralidade administrativa? Não a teria também violado, o Ministério Público, antes da ação proposta, ao receber todas as informações relativas à consulente e considerá-las corretas, sem contestação, durante anos? Se houve imoralidade administrativa na contratação de trabalhadores - dignos e que prestaram excelentes serviços - não seria co-responsável o Ministério Público de São Paulo? E não seria co-responsável também a Justiça do Trabalho, que decidiu e considerou *legítimas*

13 A inteligência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo não é a melhor, pois contrariando a Constituição Federal. O art. 75 *caput* da Constituição Federal está assim redigido: *As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.* Escrevi: *Apenas aquilo que não tiver sido tratado pela lei maior e não estiver em conflito com a Constituição Federal pode ser objeto da legislação estadual.*

Em recente ADIN, o STF decidiu que os deputados estaduais de São Paulo que assumiram suas cadeiras em 15 de março de 1991, deveriam ficar até 15 de março de 1995, porque o art. 27 da CF exige mandato de 4 anos, apesar de a Constituição Paulista prescrever, para aquele período, mandato de três anos, nove meses e quinze dias.

De certa forma, o disposto no art. 75 reitera o que em outros dispositivos da Constituição Federal já se apresentara. O princípio alemão de que Bundesrecht bricht Landesrecht é regra na Carta Magna brasileira.

Declara, o art. 75, que as normas estabelecidas para o Tribunal de Contas da União são aplicáveis para os Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, dos Municípios e os Conselhos de Contas dos Municípios.

A expressão no que couber não pode ensinar a interpretação de que, se houver conflito entre as legislações estaduais e federal, prevalecerá o estabelecido nas legislações supremas estaduais, com o que, nesta hipótese, não caberia o disposto na seção. Não é esta a exegese correta. No que couber diz respeito à impossibilidade material de se adotar alguns procedimentos próprios do Tribunal de Contas da União, principalmente no que diz respeito à sua organização e composição.

Por exemplo, os Estados não podem denominar os conselheiros dos Tribunais de Contas de Ministros, título atribuído exclusivamente aos membros do Tribunal de Contas da União, nem estar esse órgão estadual subordinado ao Congresso Nacional, visto que presta contas à Assembléia Legislativa". (Comentários à Constituição do Brasil, 4º v. Tomo II, p. 177).

e legais as relações de trabalho, ora condenando, ora absolvendo a consulente, nas questões trabalhistas que lá chegaram?

Como considerar nulos todos os contratos perfeitos e acabados, em que houve pagamento - e mais do que isto - repita-se: *Bons Serviços Prestados Pelos Trabalhadores Contratados*, se a própria Justiça do Trabalho considerou legítimos tais pagamentos e tais relações de trabalho? Onde a imoralidade administrativa, de que teriam participado juízes do trabalho e membros do Ministério Público, que receberam informações e nada fizeram, se os trabalhos foram bons, remunerados e reconhecidos, em todos os convênios e contratos de que participou a Fundação, como de qualidade superior?¹⁴

Na verdade, não cuida a ação civil pública permitida pela Constituição Federal, da imoralidade administrativa, que só pode ser objeto da ação popular, como bem referiu o MM. Juiz *a quo*, sublinhando-se, ademais, que durante anos a Curadoria de Fundações, órgão do Ministério Público e a *Justiça do Trabalho consideraram correta a forma de contratação da consulente*.

Ora, se os trabalhos realizados pela entidade foram bons - durante anos os convênios e contratos que celebrou foram considerados de elevado nível -, se os contratados pelo regime da CLT, o foram com o aval da Justiça do Trabalho, se o próprio Ministério Público não conseguiu provar qualquer prejuízo, pleiteando, apenas, a nulidade de atos e a devolução de recursos, sem levar em consideração os serviços prestados, e bem prestados, pergunta-se: onde houve lesão ao patrimônio público e social?

¹⁴ Coordenei o livro *O princípio da moralidade no Direito Tributário* (Ed. Revista dos Tribunais, 1996), com a colaboração dos seguintes autores: Antonio Manoel Gonçalves, Aristides Junqueira Alvarenga, Celso Ribeiro Bastos, Diva Malerbi, Elizabete Lewandowski Libertucci, Gabriel Lacerda Troianelli, Gustavo Miguez de Mello, Hugo de Brito Machado, José Eduardo Soares de Melo, José de Oliveira Messina, Luiz Vicente Cernicchiaro, Maria Helena Tavares de Pinho Tinoco Soares, Maria Tereza de Almeida Cárcomo Lobo, Marilene Talarico Martins Rodrigues, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho, Paulo de Lorenzo Messina, Plínio José Maragon, Valdir de Oliveira Rocha, Vittorio Cassone, Wagner Balera. Todos os autores vinculam a improbidade administrativa à lesão efetiva ao patrimônio público e social ou a honra do cidadão e jamais à falta da dupla lesão, mesmo que a interpretação legal da autoridade não tenha sido a melhor.

Não só não houve qualquer prejuízo, como, mais do que isto, o patrimônio *público* e social foi preservado, sem terem sido atingidos interesses coletivos ou difusos, estes sempre indeterminados e aqueles determinados em nível do segmento atingido.¹⁵

Ora, uma ação que pretende, de um lado, desconhecer os serviços prestados - repita-se: bem prestados - e, de outro lado, anular todos os atos contratuais anteriores, poderia possibilitar ações indenizatórias contra o Poder Público e, a meu ver, contra o Ministério Público, que entendo também estar sujeito ao disposto no § 6º do art. 36 da Constituição Federal, podendo ser responsabilizado pelos prejuízos que causar, e tem causado muitos em todas as ações que perde pretendendo erroneamente defender direitos fora dos limites de suas funções.

Tal indenização se justificaria porque é imoral, aético, diria mesmo indecente, pretender preservar os bons serviços prestados, e questionar-lhes a contrapartida remuneratória, pedindo devolução do pagamento feito por sua prestação, como pretende o Ministério Público, apesar da indiscutível e correta prestação dos serviços, relativamente à qual, de resto, sequer provou o *parquet* que tenha sido de baixa qualidade, até porque não foi. Isto sim, fere, agride, atinge a moralidade administrativa, pois haveria

¹⁵ José Celso de Mello Filho assim explicita os interesses difusos: *Os interesses difusos constituem valores cuja titularidade transcende a esfera meramente individual das pessoas. São direitos que pertencem a todos, reunidos em comunhão social. Deles, ninguém, isoladamente, é o sujeito. Não se concentram num titular único, simplesmente porque inerem a todos e a cada um de nós, enquanto membros participantes da coletividade.*

Na real verdade, a complexidade desses múltiplos interesses não permite sejam discriminados e identificados na lei. Os interesses difusos não comportam rol exaustivo. A cada momento, e em função de novas exigências impostas pela sociedade moderna e pós-industrial, evidenciam-se novos valores, pertencentes a todo o grupo social, cuja tutela se impõe como necessária. Os interesses difusos, por isso mesmo, são inominados, embora haja alguns, mais evidentes, como os relacionados aos direitos do consumidor ou concernentes ao patrimônio ambiental, histórico, artístico, estético e cultural. Em todas as formações sociais, com maior ou menor intensidade, a presença desses interesses tem sido marcante: o direito à saúde, o direito à habitação, o direito a um ambiente ecologicamente equilibrado, o direito a uma qualidade superior de vida, o direito ao aproveitamento racional dos recursos naturais, o direito a conservação da natureza, o direito a publicidade comercial honesta, o direito à utilização adequada do solo urbano e rural, o direito à intangibilidade do patrimônio cultural da Nação" (Constituição Federal Anotada, op. 434/5).

prestação de serviços - repita-se: bons - sem contrapartida de pagamentos. A responsabilização dos dirigentes da entidade, pelos valores pagos a título de contraprestações para que a consulente pudesse oferecer bons serviços, não pode ser admitida no plano da justiça e dos princípios gerais de direito que vedam o ilícito enriquecimento.¹⁶

Nada me parece, pois, mais ilógico e iníquo, entendendo eu que bem agiu o MM. Juízo, mesmo sem ter abordado todos os elementos que poderia ter abordado, determinando a extinção do processo com o não provimento do recurso pelo Colendo Tribunal de Justiça.

Isto posto, passo a responder às questões formuladas, de forma sintética.

1) - A resposta é negativa. Conforme demonstrado no corpo do parecer, a ação civil fundamenta-se exclusivamente na moralidade administrativa - visto que seu autor não provou qualquer prejuízo ao patrimônio público ou social, nem sustenta defender qualquer espécie de interesses difusos ou coletivos - matéria que pertine às ações populares.¹⁷ Por outro lado, a meu ver, imoral seria anular os

16 Aristides Junqueira Alvarenga escreve: *1 - Pela primeira vez na história constitucional brasileira, explicitou-se que o princípio da moralidade, ao lado dos princípios da legalidade, da impessoalidade e da publicidade, é pilar em que se deve fundamentar a Administração Pública, segundo dicção do art. 37, caput, da Carta Política de 05/10/1988.*

É certo que tal princípio, devendo reger todos os atos da vida humana em geral, sempre esteve implícito, como devido reitor dos atos emanados daqueles encarregados da Administração do Estado.

Parece que sua explicação, agora, é consequência do convencimento do legislador constituinte de que os valores éticos estão cada vez mais ausentes da conduta humana, principalmente no âmbito da Administração Pública, e era preciso lembrar, com todas as letras, que a honestidade deve estar impregnada em qualquer ato da administração da res pública.

Quando valores são materiais, como o honeste vivere, parecem abolidos da convivência dos cidadãos, o legislador os evoca com explicitude preocupante, porque traduz reconhecimento de que eles estão em perigo de extinção" (Pesquisas Tributárias - Nova Série nº 2, 2ª ed. Coed. CEU/Revista dos Tribunais, 1998, p. 46).

17 No livro *A Constituição na visão dos Tribunais - Interpretação e Julgados artigo por artigo* do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, volume 1, 1997, arts. 1º a 43, p. 169, lê-se sobre a ação popular: *José Afonso da Silva severa que "se trata de um remédio constitucional pelo qual qualquer cidadão fica revestido de legitimidade par ao exercício de um poder de natureza essencialmente política, e constitui manifestação direta da soberania popular consubstanciada no art. 1º, parágrafo único, da Constituição: ... Sob esse aspecto é uma garantia constitucional política... Ela dá oportunidade de o cidadão exercer diretamente a função fiscalizadora... Mas*

atos considerados válidos inclusive pelo próprio Ministério Público, ao não questionar os procedimentos da entidade que lhe foram informados durante muitos anos, assim como pela Justiça do Trabalho, e que implicaram serviços de boa qualidade para seus usuários. Não se pode pedir ressarcimento dos valores pagos sem considerar que o foram a título de contraprestação a serviços prestados e de boa qualidade, certos os dirigentes da entidade, à época, de que se tratava de fundação de direito privado, *não mantida pela instituição que a criara*, entendimento lastreado em pareceres de renomados juristas (Miguel Reale Jr. e Waldemar Mariz de Oliveira).

2) - Entendo que sim, na medida em que o Ministério Público informou que a consulente era sustentada por serviços públicos de sua instituidora - o que não é verdade - sobre não ter sido examinado o art. 71, inc. II, da Constituição Federal, que declara que as fundações sujeitas ao controle do Tribunal de Contas são apenas aquelas *instituídas e mantidas* pelo Poder Público.

3) - Em face de não ser fundação de direito público, a luz da Constituição Federal, toda a legislação infraconstitucional é de

ela é também uma ação judicial porquanto consiste num meio de invocar atividade jurisdicional...

Contudo, ela se manifesta como uma garantia coletiva na medida em que o autor popular invoca a atividade jurisdicional, por meio dela, na defesa da coisa pública, visando à tutela de interesses coletivos não de interesse pessoal..." (Op. cit., p. 398) (grifos no original).

Contudo, ela se manifesta como uma garantia coletiva na medida em que o autor popular invoca a atividade jurisdicional, por meio dela, na defesa da coisa pública, visando à tutela de interesses coletivos não de interesse pessoal..." (Op. cit., p. 398) (grifos no original).

Além da moralidade administrativa, a ação popular visa à defesa do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural. A esse respeito bem percebeu Celso Barbi que "com isso, esses direitos coletivos passam a Ter duas vias processuais asseguradas constitucionalmente: a do mandado de segurança e a da ação popular".

... Essa duplicidade não traz inconvenientes, porque se os fatos constitutivos do direito e os violadores forem certos, provados documentalmente, isto é, se houver direito líquido e certo, e o ato ilegal emanar de autoridade pública, o interessado poderá usar a via do mandado de segurança, porque mais simples e rápido. Se, todavia, houver necessidade de outras provas, o interessado usará o procedimento da ação popular, que é mais amplo e permite a colheita de outras provas" (Apud Carlos Mário da Silva Velloso, As novas garantias constitucionais..., op. cit., p. 15).

nenhum valor, sendo, pois, o Ministério Público parte ilegítima para a ação proposta.¹⁸

4) - Os argumentos apresentados no corpo do parecer, realçando-se o de caráter constitucional de que a conjunção e colocada pelo constituinte no 2º turno da votação, passou a exigir as duas condições para que as fundações fossem consideradas públicas e fiscalizadas pelo Tribunal de Contas (serem instituídas pelo Poder Público e por ele mantidas).

5) - Caberão embargos de declaração, respeitado o prazo processual contado a partir da citação, podendo a Fundação ofertá-los, visto que é a parte sobre a qual deverá incidir o peso da decisão.

Entendo, também, que a consulente é legitimada a recorrer para o Superior Tribunal de Justiça, com recurso especial, visto que os fundamentos da decisão baseiam-se em elementos que contrariam a lei sobre fundações privadas (Código Civil, art. 26). Justifica-se, também, recurso extraordinário ao STF, em face do conflito entre dispositivos da lei estadual e da Constituição Estadual e a Constituição Federal, por não terem mantido aquelas a dupla condição para que uma fundação fosse considerada sujeita a fiscalização do Tribunal de Contas e as regras do direito administrativo. Caberia, ainda, recurso especial enfocando a carência da ação proposta, apenas possível para a proteção constitucional do patrimônio público e social, ambiental ou de interesses difusos e coletivos, e de resto manifestados pelo MM. Juízo ao citar acórdãos do STJ, não substituindo a ação popular no que concerne a imoralidade administrativa.¹⁹

¹⁸ Carlos Maximiliano lembra que: *Por ser a Constituição também uma lei, que tem apenas mais força do que as outras às quais sobreleva em caso de conflito, contribuem para a inteligência da mesma os processos e regras de Hermenêutica expostos comumente para o Direito Privado; o elemento filológico, o histórico, o teleológico, os fatores sociais, etc*" (Hermenêutica e Aplicação do Direito, 9ª ed., Forense, 1979, p. 306).

¹⁹ Lê-se na decisão do MM. Juiz Henrique Rodriuguero Clavísio que: *O Ministério Público só tem legitimidade para promover ação civil pública na defesa de interesses difusos ou coletivos, sendo-lhe vedado valer-se desse instrumento para porfiar na defesa de direitos individuais afetos a determinado grupo. As atribuições do Ministério Público são as previstas na Constituição ou na lei, sendo defeso ao Estado conferir-lhe outras atribuições através de*

6) - O prazo de interposição do recurso especial e do recurso extraordinário é de 15 dias, devendo lastrearem-se respectivamente nos arts. 105, III, c e 102, inc. III, c. As razões a serem alegadas

Convênio" (STJ-ª Turma, Resp 46.130-8/PR. O Ministério Público na possui legitimidade ad causam para propor ação civil pública para defesa de interesses individuais que visam a responsabilidade de danos sofridos, fundada da responsabilidade aquiliana" (RT=712/224).

Nesse sentido, confira-se julgado do Superior Tribunal de Justiça sobre hipótese muito semelhante a destes autos, envolvendo o Ministério Público paulista e um prefeito de município do interior do Estado de S. Paulo, processual civil, legitimidade de parte, ação civil pública. Leis 7347/85 e 8078/90, reparação de danos. Municipalidade de Marília/SP, ilegitimidade do Ministério Público. Precedentes. (RESP nº 34980/93, julgado em 19/09/94 pela 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, relatado pelo Ministro Peçanha Martins, e publicado na RSTJ nº 65, p. 352 e segs.).

Ainda, e no mesmo sentido, Ação Civil Pública - ajuizamento pelo Ministério Público visando ao ressarcimento de danos causados ao patrimônio público - impossibilidade - ilegitimidade ativa - ação não intentada pelo Poder Público competente no aguardo de decisão da ação penal promovida contra o acusado do prejuízo - recurso não provido. O art. 129 da Constituição Federal estabelece, dentre outras, que são funções institucionais do Ministério Público "promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos ou coletivos". Por outro lado, a Lei nº 7347, de 24-07-85, com as alterações trazidas pelo Código do Consumidor, veio a disciplinar a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio cultural e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. Como destaca Hugo Nigro Mazzilli, em artigo publicado na jurisprudência dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo, v. 132, p. 12, "A constituição confere ao Ministério Público a possibilidade de, ainda por meio da ação civil pública, defender o patrimônio público e social (art. 129, III). Por patrimônio social devemos compreender os interesses da coletividade como um todo. Por sua vez, o conceito legal de patrimônio público é trazido pelo § 1º do art. 1º da Lei da Ação Popular, que, para esse fim, inclui os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico. A exceção dos bens e direitos de valor econômico, aos demais também se refere a Lei da Ação Civil Pública.

Assim, hoje é possível a defesa do patrimônio público, seja por meio da ação popular de que cuidam o art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal, e a lei nº 4717, de 1965, seja por meio da ação civil pública de que cuida o art. 129, III, da Constituição Federal. A referência da Constituição a que o Ministério Público está legitimado à defesa do patrimônio público poderia levar à generalização de que o Ministério Público devesse intervir em toda e qualquer causa em que se discutissem questões patrimoniais do Estado. Não seria essa, porém, a melhor interpretação. Na verdade, as pessoas jurídicas de direito público interno têm seus próprios procuradores, constitucionalmente investidos nas funções de defesa de seus interesses patrimoniais. A iniciativa do Ministério Público certamente se exigirá em casos mais determinados, como quando, identificada a lesão ao patrimônio público, o Estado não toma a iniciativa de sua defesa (não raro porque o dano foi causado por um de seus influentes correligionários ou pelo administrador imediatamente anterior, que fez eleger o administrador atual). As razões de legalidade e de moralidade pública devem impor a iniciativa ministerial nessas hipóteses."

Portanto, se a lesada acha conveniente e oportuno aguardar o pronunciamento da Justiça criminal para posteriormente aforar a ação indenizatória, não se justifica essa iniciativa do Ministério Público. Bem lembrou a douta Procuradoria Geral de Justiça que "o interesse público, primário ou secundário, está em vias de proteção pelo próprio poder público (como ele próprio manifestou de forma vinculada para o futuro), com justo motivo, consistente na espera da definição do processo penal de pronunciamento da culpabilidade do agente ora apelado". (Apelação Cível nº 248.5681/4, da Comarca de Capivari, relator Celso Bonilha - 15/05/96)"(p. 415).

são aquelas expostas no corpo do parecer, com a inclusão dos dois excelentes pareceres dos Professores Miguel Reale Jr. e Waldemar Mariz de Oliveira.²⁰

7) - Os mesmos apresentados no inc. II. A linha de que é uma fundação de direito privado *Não Mantida pelo Poder Público*, que prestou bons serviços contratando pelo regime laboral, adotado sem ter gerado qualquer prejuízo. Antes, trouxe benefícios incontestes, como demonstrado pela consulente nos documentos que me enviou e realçados neste parecer.

8) - Não.

9) - Já respondidas nas questões 5, 6, 7 e 8.

10) - São manifestamente inconsistentes, não acreditando tenham sucesso, se a ação prosperar.

²⁰ Os arts. 102, inc. III, letra c e 105, III, letra c, têm a seguinte dicção: "Art. 102 - Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: ... III. julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: ... c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição";

"Art. 105 - Compete ao Superior Tribunal de Justiça: ... III. julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: ... c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal".